

Young Gug You

Behinderungs- missbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen

Kartellrechtswidrigkeit
von Kosten-Preis-Scheren
in der EU, den USA und Korea

Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen

Young Gug You

Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen

Kartellrechtswidrigkeit von
Kosten-Preis-Scheren in der EU,
den USA und Korea

 Springer

Young Gug You
Seoul, Südkorea

Dissertation Philipps-Universität, Marburg 2018

Originaltitel: Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen in den Fällen vertikaler Integration – Eine rechtsvergleichende Untersuchung der unterschiedlichen Analyse und Beurteilung der Kartellrechtswidrigkeit von Kosten-Preis-Scheren in der EU, den USA und in Korea

ISBN 978-3-658-24780-5 ISBN 978-3-658-24781-2 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-24781-2>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2019

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Für meine Frau und meine Töchter

Eun Joo Kim, Youl & Bin

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 14. Mai 2018 bei der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Marburg als Dissertation eingereicht und von dieser im Sommersemester 2018 zur Promotion zugelassen.

Herzlich bedanke ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Michael Kling*. Durch ihn habe ich zu jedem Zeitpunkt wohlwollende Förderung und Unterstützung erfahren. Zudem hat er während meines Studiums in Deutschland auch für meine Familie Sorge getragen. Ohne seine herzliche Rückenstärkung hätte ich mein Studium nicht mit Erfolg abschließen können. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. *Gilbert Gornig* für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Kolleginnen und Kollegen des Instituts für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht sowie Gewerblichen Rechtsschutz, insbesondere Frau *Sabine Bodenbender*, Herrn *Kevin Boland* und Frau Dr. *Anja Schwiertert*, danke ich für wertvolle Anregungen und das Korrekturlesen.

Mein persönlicher Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. *Ohseung Kwon*, Herrn Prof. Dr. *Myung Su Hong*, Herrn Prof. Dr. *Bong-Eui Lee*, Herrn Prof. Dr. *Taehee Hwang* und Frau Dr. *Hyo Seok Lee*, die mich und meine Familie während meines Studiums von ganzem Herzen unterstützt haben.

Ein ganz besonderes Anliegen ist es mir, meinen Eltern und Schwiegereltern, meinem Bruder *Kwon Kuk*, Freunden Dr. *Sanghyuk Lee* und *Tora Choi* von Herzen Dank zu sagen. Jeder von ihnen hat auf seine ganz eigene Art und Weise zum Entstehen dieser Dissertation beigetragen.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Frau *Eun Joo Kim*, die mein Ein und Alles ist, sowie meinen Töchtern *Youl & Bin*.

Marburg und Seoul, im November 2018

Young Gug You

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Abbildungs- und Tabellenverzeichnis	XXI
Einleitung	1
I Der unmittelbare und mittelbare Anlass der Arbeit	1
II Das Forschungsziel	3
III Die angewandten Forschungsmethoden	6
§ 1 Einführung in den von marktbeherrschenden Unternehmen ausgeübten Behinderungsmissbrauch.....	9
I Die marktbeherrschende Stellung und deren Ausnutzung auf dem relevanten Markt.....	9
1 Der relevante Markt	9
a) Die begriffliche Konkretisierung des Marktes in normativer Hinsicht	9
b) Die wettbewerbsrechtliche Auffassung der relevanten Marktabgrenzung ...	11
2 Die normative Bedeutung der Marktabgrenzung für die Behinderungsmissbrauchsaufsicht	15
3 Die abschabaren Probleme bei der Marktabgrenzung von integrierten Märkte ...	16
a) Die grundlegende Problemstellung	16
b) Das latente Risiko der Inkongruenz mit der allgemeinen Theorie bei der Marktabgrenzung	17
c) Die Abgrenzung des vertikal integrierten komplementären Produkt- oder Leistungsmarktes als Sekundärmarkt.....	18
d) Die Marktabgrenzung und das Verhältnis zwischen der vertikalen Geschäftsverbindung und der vertikalen Integration.....	19
e) Die restriktive Marktabgrenzung aufgrund der Rücksicht auf die wettbewerbsbeschränkenden Effekte im US-amerikanischen Kartellrecht	20
4 Die marktbeherrschende Stellung und deren Beurteilungsmaßstäbe.....	22
a) Die Definition der marktbeherrschenden Stellung	23
b) Das konzeptionelle Verhältnis zwischen Marktbeherrschung und Market Power.....	27

c)	Die Maßstäbe bei der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung und deren Kritik.....	28
d)	Stellungnahme: Die zu beachtenden Marktmerkmale bei der vertikalen Integration.....	33
5	Die besondere Verantwortlichkeit der marktbeherrschenden Unternehmen	35
6	Die Formen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung.....	36
II	Die begriffliche Annäherung an die Behinderungsmissbrauchsaufsicht und die damit zusammenhängenden Konzeptionen.....	37
1	Der Behinderungsmissbrauch und dessen Regulierungszweck.....	37
a)	Die Definition des Behinderungsmissbrauchs	37
b)	Die begriffliche Lücke zwischen Behinderungsmissbrauch und <i>Exclusionary Abuse</i>	39
c)	Der Zweck und die Schwierigkeiten der Behinderungsmissbrauchsaufsicht	40
2	Die Abgrenzung zwischen dem Ausbeutungs- und dem Behinderungsmissbrauch und ihr Verhältnis zueinander in den Fällen der vertikalen Integration	43
a)	Der Begriff des Ausbeutungsmissbrauchs und die Fragen hinsichtlich der Regulierung.....	43
b)	Der Unterschied zwischen den Missbrauchsgegenständen	45
c)	Die theoretische und praktische Einteilung der Missbräuche und die vertikale Integration.....	46
3	Stellungnahme: Die Implikation der sog. »Continental Can-Doktrin« bei der vertikal integrierten Marktstruktur	47
III	Die wettbewerbsrechtlichen und ökonomischen Ziele der Regulierung des Behinderungsmissbrauchs.....	48
1	Das grundlegende Verhältnis von Ökonomie und Recht.....	48
2	Der Zweck des Wettbewerbsrechts und der Behinderungsmissbrauchsaufsicht	50
a)	Die unaufhörliche Debatte: Wettbewerbsfreiheit vs. Verbraucherwohlfahrt bzw. Effizienzsteigerung.....	51
b)	Das Verhältnis zwischen den Schutzzwecken.....	55
c)	Die neueste Richtung: Die Betonung des »Consumer Welfare«.....	56
d)	Stellungnahme	58
3	Die Implementierung der aufgestellten ökonomischen Analysemethoden im Wettbewerbsrecht.....	59
4	Die rechtlichen und ökonomischen Beweisgründe bezüglich der Behinderungsmissbrauchsaufsicht und die vertikale Integration.....	61
a)	Die wettbewerbsrechtlichen Aspekte.....	61

b)	Die ökonomischen Aspekte	63
c)	Stellungnahme: Die Grenzen ökonomischer Prämissen bei der vertikalen Integration	66
5	Der Schutz des Wettbewerbs und die Interessenabwägung	67
a)	Die Interessenabwägung als ein notwendiger Schritt zum Werturteil	67
b)	Die Bedeutung der Interessenabwägung	67
c)	Die wettbewerbsrechtlichen Gegenstände der Interessenabwägung und die Rechtfertigung	68
d)	Stellungnahme:	69
 § 2 Die Regulierungsgrundlagen des Behinderungsmissbrauchs und die Maßstäbe für die Beurteilung der Kartellrechtswidrigkeit		73
I Die Entwicklung der jeweiligen Regulierungsgrundlagen beim Behinderungsmissbrauch und ihre Auslegung		73
1	EU	73
a)	Der Entwicklungsprozess des Art. 102 AEUV	74
b)	Die normative Bedeutung und die verbotenen Verhaltensweisen	75
2	USA	76
a)	Der Entwicklungsprozess des <i>Sec. 2 Sherman Act</i>	76
b)	Die normative Bedeutung und die verbotenen Verhaltensweisen	77
3	Korea	80
a)	Der Entwicklungsprozess des Art. 3 - 2 Monopoly Regulation and Fair Trade Act of Korea (MRFTA)	80
b)	Die normative Bedeutung und die verbotenen Marktverhaltensweisen	82
 II Die Beurteilungsmaßstäbe für die Rechtswidrigkeit des Behinderungsmissbrauchs		83
1	Die verstärkte Tendenz des »More Economic- und Effect-Based Approach« und die maßstabsbezogene Entwicklung	83
2	Profit Sacrifice Test	85
a)	Die begrifflichen Merkmale und die begrenzte Anwendung	85
b)	Würdigung	86
3	No Economic Sense Test	87
c)	Die begrifflichen Merkmale und der Anwendungsbereich	87
a)	Würdigung	88
4	Consumer Welfare Balancing Test	89
a)	Das begriffliche Verständnis und die Merkmale	89
b)	Stellungnahme	90

5	Equally Efficient Competitor Test	91
a)	Die begrifflichen Merkmale und der Anwendungsbereich	91
b)	Die »ebenso effizienten Wettbewerber« als Maßstab für die Beurteilung der Behinderung.....	92
c)	Stellungnahme	94
6	Raising Rivals's Cost (RRC) - Test	96
a)	Das begriffliche Verständnis und die Merkmale	96
b)	Stellungnahme	98
7	Die Prioritätenmitteilung der Kommission.....	98
a)	Überblick	98
b)	Die Grenzen des kostenbasierten Tests und die Berücksichtigung struktureller Faktoren.....	100
III Der Konflikt zwischen <i>False Positive</i> und <i>False Negative</i>		101
1	Begriffserläuterung: <i>False Positive</i> vs. <i>False Negative</i>	101
2	Das Verhältnis zwischen beiden und die jüngste Diskussion.....	103
§ 3 Die vertikal integrierte Marktstruktur und das Risiko von Wettbewerbsverstößen.....		105
I Die vertikale Integration als industriell-strukturelle Eigenschaft.....		106
1	Der Begriff der vertikalen Integration und ihre substanziellen Wirkungen.....	107
a)	Die Definition der vertikalen Integration zwischen den Unternehmen	107
b)	Die doppelte Stellung eines Unternehmens und die Verstärkung der Abhängigkeit.....	109
c)	Die vertikale Integration und die unternehmerische Selbstständigkeit.....	111
2	Die »präsumtiven« Bildungsmethoden vertikaler Integration	112
3	Der Anlass zur vertikalen Integration und die vorhersehbaren Effekte	114
a)	Die Leitmotive der vertikalen Integration aus unternehmerischer Sicht	114
b)	Die ökonomischen Vor- und Nachteile	116
II Stellungnahme: zu den aufgrund der vertikalen Integration entstehenden Problemen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht		118
1	Die vertikale Integration als eine mögliche Innovation aus wettbewerbsrechtlicher Sicht	119
a)	Die wettbewerbsrechtlichen Implikationen von Innovation.....	119
b)	Das Verhältnis zwischen Wettbewerb und Innovation: ein sog. <i>Inverted-U Relationship</i>	120
2	Der Eingriff in das Selbstständigkeitspostulat, insb. Preissetzung und Markteintritt	121

3	Die Ausdehnung der Marktmacht und die marktstrukturelle Verschlechterung: Die Entstehung eines neuen Quasi-Monopols (sog. <i>Risk of Leveraging</i>).....	121
4	Die Möglichkeit des Eingriffs in die Verbraucherwohlfahrt auf kurz- und langfristige Sicht.....	122
§ 4	Die Kosten-Preis-Schere als eine Form des Behinderungsmisbrauchs im vertikal integrierten Markt	125
I	Der Begriff und die Voraussetzungen der Kosten-Preis-Schere.....	125
1	Der kartellrechtliche Begriff der Kosten-Preis-Schere	126
a)	EU.....	126
b)	USA	128
c)	Korea und Stellungnahme.....	129
2	Das strukturelle Schema und die Voraussetzungen der KPS.....	130
a)	Die wesentlichen Bedingungen der Entstehung einer KPS.....	130
b)	Die fehlende Substituierbarkeit bei der KPS.....	131
II	Die Beziehung zwischen der Kosten-Preis-Schere und anderen Missbrauchsformen.....	131
1	Die KPS als Unterfall der Lieferverweigerung	132
a)	Der Begriff und die Merkmale der Lieferverweigerung.....	132
b)	Die »Essential Facility« als Doktrin und die entgegengesetzten Standpunkte	133
c)	Das Verhältnis zwischen der Lieferverweigerung und der KPS	136
2	Der Kosten-Preis-Test bezüglich der Kampfpreisstrategie und seine Grenze ..	138
a)	Die Definition der Kampfpreisunterbietung und ihre strategischen Merkmale.....	138
b)	Die kosten- und preisbezogenen Tests bei der Beurteilung der Kampfpreisstrategie	140
c)	Das Verhältnis zwischen der Kampfpreisunterbietung und KPS	146
III	Die sich widersprechenden Bewertungen der ökonomischen Effekte der KPS.....	148
1	Das strukturelle Fundament der effizienzbezogenen Behauptung.....	149
2	Die positiven und negativen Effekte bezüglich der Regulierung bei der KPS ..	150
a)	Die positiven Aspekte und deren Kritik.....	151
b)	Die negativen Aspekte und deren Kritik	151
c)	Stellungnahme	152
3	Die Anerkennung positiver Effekte unter der strukturellen Restriktion	153

§ 5	Regulierungsgrundlagen der KPS und wichtige Fälle aus der Rechtsprechung in der EU, den USA und in Korea	155
I	Der Überblick über die bisherigen Regulierungen der KPS.....	155
II	Die Regulierung der KPS in der EU	156
1	Art. 102 AEUV als Regulierungsgrundlage	156
2	Relevante Urteile.....	157
a)	Der Fall <i>Napier Brown</i> und Industrie des <i>Poudres Sphériques</i>	158
b)	Der Fall <i>Deutsche Telekom AG</i>	160
c)	Der Fall <i>TeliaSonera Sverige AB</i>	163
d)	Der Fall <i>Telefónica</i>	164
III	Die Regulierung der KPS in den USA	166
1	<i>Sec. 2 Sherman Act</i> als Regulierungsgrundlage	166
2	Relevante Urteile.....	166
a)	Der Fall <i>Alcoa</i> und <i>Boston Edison</i>	166
b)	Der Fall <i>Trinko</i>	167
c)	Der Fall <i>linkLine</i>	170
IV	Die Regulierung der KPS in Korea.....	172
1	Art. 3 - 2 Abs. 1 Nr. 3 und 5 MRFTA als Regulierungsgrundlage	173
2	Relevante Fallgestaltungen: <i>Enterprisemessagingservice</i> als erster Fall.....	175
a)	Der Rechtsgrund des <i>Enterprisemessagingservices</i>	175
b)	Die Situation des koreanischen <i>Messagingservice</i> -Marktes und seine Merkmale.....	176
a)	Der Sachverhalt und die wesentlichen Streitpunkte	179
3	Die Entscheidung von KFTC und die Einspruchsgründe der regulierten Unternehmen.....	181
a)	Die Abgrenzung des relevanten Marktes	181
b)	Die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung	182
c)	Ermittlung der relativ niedrigeren Preise	182
d)	Die Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkungen	186
e)	Die Abhilfemaßnahmen der KFTC	188
4	Die von den regulierten Unternehmen geltend gemachten Rechtfertigungsgründe	188
5	Der gegenwärtige Prozessverlauf.....	189

§ 6 Zusammenfassung und Schluss	191
I Zusammenfassung: Analyse und Vergleich der vorgestellten Urteile.....	191
1 Die Hauptursachen für die unterschiedlichen Urteile in der EU und in den USA	192
a) Der ideologische Gegensatz als ein Fundament der Gesetzesbildung.....	192
b) Die unterschiedlichen Standpunkte zur marktbeherrschenden Stellung.....	195
a) Die Auffassung von der KPS als eine Behinderungsmissbrauchsform.....	197
b) Der Berücksichtigung von marktstrukturellen und ökonomischen Faktoren bei der Missbrauchsaufsicht.....	198
2 Der Vergleich mit der koreanischen Regulierung der KPS und der normative Einfluss	199
a) Die Entstehung der marktbeherrschenden Stellung und die spezielle Marktstruktur	199
b) Die KPS als eine eigenständige Form des Missbrauchs und der besondere Regulierungsbedarf in der koreanischen Marktsituation.....	200
c) Die normzweckbezogene Streitfrage bei der Beurteilung der KPS.....	201
d) Die künftige Regulierung der KPS im koreanischen Wettbewerbsrecht....	201
II Schluss	202
Literatur	209

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
Anm.	Anmerkung
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Art.	Artikel (Singular)
Artt.	Artikel (Plural)
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
begr.	begründet
Begr.	Begründung
Bek.	Bekanntmachung
Bekl.	Beklagter
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
betr.	betreffend
Bez.	Bezeichnung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
Bl.	Blatt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BR	Bundesrat
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache

Bull. EU, EG	Bulletin der Europäischen Union, Europäischen Gemeinschaften
bzgl.	bezüglich
C. A.	Court of Appeals (USA)
Chap.	Chapter
ders.	derselbe(n)
dies.	dieselbe(n)
d.h.	das heißt.
Diss.	Dissertation
Doc.	Document (Dokument der Europäischen Kommission)
DOJ	U.S. Department of Justice
Dok.	Dokument
ed.	edited; edition; editor
eds.	editors
EG	Europäische Gemeinschaft(en); Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Amsterdam.
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
einstw.	einstweilig
endg.	endgültig
Entsch.	Entscheidung
entspr.	entsprechend
Entw.	Entwurf
EP	Europäisches Palament
Erl.	Erläuterung
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGH Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (I) bzw. Gerichtes (II) der Europäischen Union
EuR	Europarecht
e.V.	eingetragener Verein
f., ff.	folgende
F.	Federal Reporter
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
F. 3d	Federal Reporter, Third Series
F. Supp.	Federal Supplement
FG	Festgabe
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fußn., Fn.	Fußnote
FS	Festschrift (FG: Festgabe)

FTC	Federal Trade Commission (USA)
GA	Generalanwalt beim EuGH
GBl.	Gesetzblatt
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GVO	Gruppenfristellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
HG	Hauptgutachten
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. d. Bek.	in der Bekanntmachung
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
Int.	International
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. S.	in Sachen
i. S. d.	im sinne der/des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapital
KartB	Kartellbehörde
KartR	Kartellrecht
KFTC	Korea Fair Trade Commission
KG	Kommanditgesellschaft; Kammergericht Berlin
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KOM	EU-Kommission
krit.	kritisch
KSCourt	Supreme Court of Korea
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit., litt.	litera, literae (lat. Buchstabe)
LS	Leitsatz

lt.	laut
Ltd.	Limited
m. a. W.	mit anderen Worten
MRFTA	Monopoly Regulation and Fair Trade Act of Korea
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. sp. Änd.	mit späteren Änderungen
No.	Number
Nr., Nrn.	Nummer(n)
o.g.	oben genannte(r)
OJ	Official Journal (of the European Communities)
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung der Wirtschaft und Gesellschaft
PostG	Postgesetz
RabattG	Rabattgesetz
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rss.	Rechtssachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n), Satz
s.	siehe
s. a.	siehe auch
scil.	scilicet
S. Ct.	U.S. Supreme Court
Sec.	Section
SG	Sondergutachten
SHCourt	Seoul High Court
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
std.	ständig
str.	strittig
s. u.	siehe unten
TB	Berichte des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit sowie die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet nach §53 GWB, Tätigkeitsbericht

Teils.	Teilsatz
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem; und andere
UAbs.	Unterabsatz
u. E.	unseres Erachtens
unstr.	unstreitig
unveröff.	unveröffentlicht
Urt.	Urteil
U.S.	United States Supreme Court Reports
U. S. C.	United States Code
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, versus
verb.	verbundene
Verfg.	Verfügung
vgl.	vergleich
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Ziff.	Ziffer
z. T.	zum Teil
zw.	zwischen
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Am. J. Int. L.	American Journal of International Law
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L. Econ.	Antitrust Law and Economic
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
Boston Coll. Int. Com- par. L. Rev.	Boston College International and Comparative Law Review
Boston Coll. Indu.	Boston College Industrial and Commercial Law Review
Comm. L. Rev.	
Boston Univ. L. Rev.	Boston University Law Review
BPEA	The Brookings Papers on Economic Activity

Comm. L. Rev.	Commercial Law Review
Cor. L. Rev.	Cornell Law Review
C.M.L.R.	Common Market Law Reports, Common Market Law Review
Colum. J. Int. L.	Columbia Journal of International Law
Colum. Univ. Depart. Econ.	Columbia University Department of Economics
Comp. L. Rev.	Competition Law Review
CRMA	Centre for Regulation and Market Analysis
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
DICE	Düsseldorf Institute for Competition Economics
Econ. Soci. Rev.	The Economic and Social Review
Eur. Bus. L. Rev.	European Business Law Review
Eur. Comp. J.	European Competition Journal
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
Eur. L. J.	European Law Journal
Eur. L. Rev.	European Law Review
EuZW	Zeitschrift für europäisches Wirtschaftsrecht
Fed. Communic. L. J.	Federal Communications Law Journal
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
Fordham Int. L. J.	Fordham International Law Journal
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
Harv. Int. L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Int. J. Econ. Bus.	International Journal of the Economics of Business
J. Anti. Enfor.	Journal of Antitrust Enforcement
J. C. M. Stud.	Journal of Common Market Studies
J. Comp. L. Econ.	Journal of Competition Law & Economic
J. Corp. L.	The Journal of Corporation Law
J. Bus. L.	Journal of Business Law
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspective
J. Int. L. Com.	Journal of International Law and Commerce

JITE	Journal of International and Theoretical Economics
J. Kor. Com. L.	Journal of Korean Competition Law
J. KFCF	Journal of Korea Fair Competition Federation
J. KNU. L.	Journal of Kyungpook National University Law
J. L. Econ.	Journal of Law and Economics
JMMR	Journal of Management and Marketing Research
J. M. Stud.	Journal of Management Studies
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kor. Econ. J.	Korean Economic Journal
Kor. Tele. P. Rev.	Korean Telecommunications Policy Review
Louis U. L. J.	Sant Louis University Law Journal
M. L. Rev.	Michigan Law Review
N. C. L. Rev.	North Carolina Law Review
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Quart. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
Res. L. Econ.	Research in Law and Economics
Rev. Econ. Stat.	The Review of Economics and Statistics
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
Rev. Ind. Organ.	Review of Industrial Organization
Seoul L. J.	Seoul Law Journal
Stanford L. Rev.	Stanford Law Review
TRACE	Tennessee Research and Creative Exchange
Chic. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
Penn. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Queens. L. J.	The University of Queensland Law Journal
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Yale L. J.	The Yale Law Journal

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

<i>Abbildung 1:</i>	Kommission, Leitlinien Bewertung nichthorizontale Zusammenschlüsse, Tz. 31	116
<i>Abbildung 2:</i>	Der Prozess des Enterprisemessagingservices	176
<i>Abbildung 3:</i>	Die Betriebsstruktur der Enterprisemessagingservice.....	177
<i>Abbildung 4:</i>	Die Betriebsstruktur der Enterprisemessagingservice inkl. Wiederverkäufer	178
<i>Abbildung 5:</i>	Die Handlungs- und Kostenstruktur des relevanten Marktes.....	184
Tabelle 1:	Der Wandel des Marktanteiles der Enterprisemessagingservice- unternehmen	186



Einleitung

“With great power comes great responsibility.”¹

I Der unmittelbare und mittelbare Anlass der Arbeit

Der unmittelbare Anlass dieser Arbeit sind die unterschiedlichen Urteile von *U.S. Supreme Court*² und Europäischem Gerichtshof (EuGH)³ zur Kosten-Preis-Schere (KPS),⁴ die eine Preisstrategie von vertikal integrierten Unternehmen ist.

Nach der ersten Entscheidung (2015)⁵ der *Korea Fair Trade Commission* (KFTC) über das sog. *Enterprise Messaging Service* ist das Augenmerk ebenfalls auf die KPS in Korea gerichtet,⁶ da dies eine Subsumtion einer neuen Missbrauchsform einer marktbeherrschenden Stellung bedeutet.⁷ Ein weiteres Ziel besteht darin, ein konkretes Problembewusstsein zu schaffen, das im Zu-

-
- 1 S. dazu Collection Générale des Décrets Rendus par la Convention Nationale, Vol. 7, 1793, S. 72: *“Ils doivent envisager qu’une grande responsabilité est la suite inséparable d’un grand pouvoir (They must consider that great responsibility follows inseparably from great power).”*; aus dem Film Spider-Man.
 - 2 S. Kapitel 5. III. in dieser Arbeit (Die Fälle Trinko, linkLine usw.).
 - 3 S. Kapitel 5. II. in dieser Arbeit (Die Fälle Deutsche Telekom, TeliaSonera Sverige AB, Telefónica usw.).
 - 4 Die KPS ist nicht das einzige Beispiel für ein unterschiedliches Urteil in der gleichen Sache. Über sog. Loyalty Rebates, Predatory Pricing, Monopoly Leveraging und Essential Facilities erhalten sie einen anderen Blickwinkel. Beispielshalber im Fall des Treuerabatts (Loyalty oder Fidelity Rabattes) *Virgin Atlantik v. British Airway* stimmten die wettbewerbsrechtlichen Beurteilungen zwischen der EU und den USA auch nicht überein. Im US-amerikanischen Fall hat sich der Supreme Court bei der Regulierung gegen den Rabatt zurückgehalten, indem er sich sowohl auf den aus dem Kosten-Preis-Test gezogenen Predatory-Maßstab als auch auf die Effekte des Preiswettbewerbs konzentrierte. Zum Begriff der KPS Kapitel 4. I. in dieser Arbeit.
 - 5 KFTC, *Entsch. v. 23.2.2015 - Rs. 2013SeoKeung3440, 3441 - LG U+ und KT*.
 - 6 S. Kapitel 5. IV. in dieser Arbeit.
 - 7 Krit. Ju, Jinyul, *A Critical Review on Regulation of Below-Normal Transaction Pricing Practice under Korean Competition Law - Abuse of Market Dominant Position Cases Regarding Telecommunication Undertakings (LG U+ and KT) Business Messaging Services -*, *Ajou L. Rev. Vol. 9 No. 2, 2015, S. 257 ff.*

sammenhang mit den auf einem vertikal integrierten Markt hervorgerufenen Ausnutzungen der Marktmacht steht.

Obwohl in Korea die inhaltliche Auseinandersetzung mit der KPS mit dem oben genannten Fall erst begonnen hat, kann man einen groben bzw. ungefähren Begriff der KPS daraus ableiten. Denn bereits vorher wurden verschiedene Versuche gemacht, mithilfe der unternehmerischen Struktur verschiedene Wettbewerber zu benachteiligen. Anders als in den USA oder in Deutschland wird der Großteil des Marktgeschehens in Korea lediglich von wenigen Unternehmen (sog. *Chaebol*) beherrscht,⁸ die durch zahlreiche vertikal verbundene Unternehmen (engl. *Affiliated Companies*) auf den jeweiligen Märkten tätig sind. Daher sind diese Unternehmen für neue Wettbewerber *de facto* als eine unüberwindbare Marktzutrittsbarriere anzusehen.⁹ Das Entstehen oder Verschwinden eines Marktes in Korea kommt hinzu und ist abhängig von den marktbeherrschenden Unternehmen. Hierbei sind die Hauptanlässe der Marktverhaltensweisen vor allem die Festigung oder die Vergrößerung von Gewinn und Marktbeherrschung.

Anders als in der Vergangenheit wird es allerdings immer schwieriger, eine Gewinnvergrößerung (sog. innere Wachstumsimpulse) zu erzielen. In der Folge wird sich das Verhalten der marktbeherrschenden Unternehmen somit gegen ihre Handelspartner richten. Bei einem solchen Vorgehen kann die KPS für diese Unternehmen idealerweise eine Strategie zur Verdrängung von Wettbewerbern sein, da die KPS im Vergleich zu anderen Missbrauchsformen keinen kurzfristigen Nachteil für den Umsatz hat und das marktbeherrschende Unternehmen als Anwender der KPS schon durch den bestehenden Geschäftsverkehr die wesentlichen Informationen des nachgelagerten Marktes akkumuliert. Überdies geht die koreanische Wettbewerbsbehörde bei der Regulierung vertikaler Geschäftserweiterungen (sog. *diversify business recklessly as an*

8 Nach dem jüngsten Stand (April 2016) weisen als »Conglomerates« festgesetzten Unternehmensgruppen folgende Zahlen auf (der Name der betreffenden Gruppe/die Zahl der verbundenen Unternehmen): z.B. Samsung/59, Hyundai-Auto/51, SK/86, LG/67, Posco/45, Lotte/93, Hanhwa/57, NH/45, GS/69: erhältlich über

http://groupopni.ftc.go.kr/report/ogroup_view_xml.jsp.

9 Bain zufolge, der der Harvard School angehört, trägt die Marktkonzentration in Verbindung mit einer hohen Markteintrittsbarriere zu einem höheren Profit bei. S. Joe S. Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequence in Manufacturing Industries*, 1967, S. 53 ff.; Almarin Phillips, *Market Concentration and Performance: A Survey of the Evidence*, *Notre Dame L. Rev.* Vol. 61-5, 1986, S. 1102; s. auch Leonard W. Weiss, *The Structure-Conduct-Performance Paradigm and Antitrust*, *Penn. L. Rev.* Vol. 127, 1979, S. 1106 ff. (sog. *The Effect of Concentration on Price*).

octopus) restriktiv vor.¹⁰ Diese spezifische Wettbewerbssituation in Korea als ein vertikal integriertes (Quasi-) Monopol ist ein mittelbarer bzw. aktueller Anlass für diese Arbeit.

II Das Forschungsziel

Die marktmächtigen Unternehmen können im Verhältnis zu ihrer Marktmacht nicht frei von gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Verantwortung sein. Nach wettbewerbsrechtlicher Ansicht bedeutet dies vor allem die Verantwortung der marktbeherrschenden Unternehmen für das strukturelle Marktrisiko, den normalen bzw. effektiven Wettbewerb allein durch ihre Existenz beeinträchtigen zu können.¹¹ Eine solche Sichtweise kann allerdings Anlass für Missverständnisse sein, da diese allein die intensivere Kontrolle über die Marktmacht als optimales Ziel anstrebt. Weiter können derartige Verpflichtungen nicht nur durch eine Kontrolle bzw. Sanktionen erzwungen werden, sondern müssen auf das Vertrauen aller Marktteilnehmer in den Markt und den Wettbewerbsprozess gegründet sein. Diese Arbeit behandelt besonders die wettbewerbsrechtlichen Streitpunkte auf einem vertikal integrierten Markt, in welchem sich die normative Regulierung und das oben erwähnte Vertrauen in den Markt erheblich beschränken lassen. Daher ist das grundlegende Verständnis für die missbrauchsaufsichtsbezogenen Begriffe und die fortlaufenden Bewertungsmethoden zur marktbeherrschenden Stellung und ihren Missbräuchen eine wesentliche Voraussetzung dieser Ausarbeitung.

In der aktuellen Situation »Neuer Wettbewerb auf den liberalisierten Monopolmärkten«,¹² in welcher öffentliche Monopole (sog. Staatsmonopole) durch die Liberalisierung der Grundstoff- oder Netzindustrie lediglich in private Monopole mit starker Finanzkraft umgeformt werden, wird die vertikale Markt- oder Unternehmensstruktur zur Gewinnmaximierung als primäres Ziel des privaten Marktteilnehmers vorangetrieben. Im weiteren Verlauf hat sich die betreffende Marktstruktur durch die mit Marktmacht einhergehenden werbsbe-

-
- 10 S. dazu Jwa, Sung-Hee/Lee, In Kwon (ed.), *Competition and Corporate Governance in Korea - Reforming and Restructuring the Chaebol*, 2004, S. 123 ff.
 - 11 S. dazu Rainer Bechtold/Wolfgang Bosch/Ingo Brinker, *EU-Kartellrecht Kommentar*, 3. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV Rn. 27; vgl. zum normalen Wettbewerb Friedrich Wenzel Bulst, in: Langen/Bunte, *Kartellrecht Band 2: Europäisches Kartellrecht*, 12. Aufl., 2014, Art. 102 AEUV Rn. 86.
 - 12 Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., 2014, § 19 Rn. 17 ff.

schränkenden Verhaltensweisen verschlechtert und die angestrebte Verbraucherwohlfahrt war hierauf wider Erwarten rückläufig. Die Behauptung, dass es zu einer Verbesserung der ökonomischen Effizienz oder der Verbraucherwohlfahrt auch bei Missbrauchsfällen von marktbeherrschenden Unternehmen kommt, muss daher mit Skepsis betrachtet werden.

An dieser Stelle ist es essentiell zu hinterfragen, ob die durch das strukturelle Paradox des Marktes verursachte Verletzung des Wettbewerbs – der ein Grundprinzip des Marktes ist – durch die ökonomische Effizienz als zu erwartender Effekt gerechtfertigt werden könnte.¹³ Weiterhin ist die Frage zu stellen, ob sich die Behinderungsmissbrauchsaufsicht den Erhalt des wirksamen Wettbewerbs, die Effizienzverbesserung oder die Verbraucherwohlfahrt zum Hauptziel zu setzen hat oder nicht. Eine Aufklärung über die Regulierungszwecke und ein Vergleich dieser miteinander ist dabei ein zweites Ziel und gleichsam der Anknüpfungspunkt zur logischen Darlegung der KPS. Gleichmaßen werden zweckmäßige Rechtswidrigkeitsmaßstäbe für den Behinderungsmissbrauch abgeleitet.

Nach der Liberalisierung der typischen Schlüsselindustrien wie den Telekommunikations-, Strom-, Gas-, Wasser-, Verkehrsnetzen und den sonstigen Verarbeitungsindustrien,¹⁴ können die wenigsten Unternehmen, wie oben kurz dargestellt, ihre Monopolstellung auf den entstaatlichten Märkten weiterhin aufrechterhalten (sog. natürliches Monopol).¹⁵ Daher funktioniert der, durch diese Liberalisierung – Deregulierung und Privatisierung – geschaffene Wett-

-
- 13 Vgl. Wernhard Möschel, Schutzziele eines Wettbewerbsrechts, in: *Wirtschaftsrecht im Wandel*, 2011, S. 77: „Unter ökonomischer Effizienz versteht man vielfach jene Wirkungen, die aus Wettbewerbsprozessen erwachsen.“; s. auch Laura Parret, *The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives*, in: Daniel Zimmer (Ed.), *The Goals of Competition Law*, 2012, S. 68-69. Nach Chicago School hat die ökonomische Effizienz einige Implikationen – output-increase, cost saving, innovation and diversification of production. Ekaterina Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuse in EU Competition Law*, 2010, S. 39.
- 14 Vgl. Harald Großman, *Integration der Märkte und wettbewerbspolitischer Handlungsbedarf*, HWWA-Diskussionspapier Nr. 65, 1998, S. 7 (Fußn. 6: „Die wettbewerbliche Sonderbehandlung natürlicher Monopole aufgrund fehlender technischer Alternativen schließt Wettbewerb in bestimmten Teilbereichen allerdings keineswegs aus.“).
- 15 Damien Geradin, *The Opening of State Monopolies to Competition: Main Issues of the Liberalization Process*, in: Damien Geradin, *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, 2000, S. 181 ff.; Damien Geradin/Robert O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, *The Global Competition Law Centre Working Papers (GCLC Working Paper 04/05)*, 2005, S. 8; s. auch Rousseva (Fußn. 13), S. 11 (Fußn. 3 u. 7. von Edwards) u. 29: “However, ordoliberals admit that even in the desirable competitive order there will be monopolies which do not serve the maintenance of the order but nevertheless cannot be avoided. These involve situations of natural monopoly, [...]”